

助言義務と専門家の責任

後 藤 卷 則

- 一 はじめに
- 二 日本の裁判例における助言義務
- 三 フランス法における助言義務
- 四 日本法への示唆

一 はじめに

今日、とりわけ先物取引、ワラントをはじめとする証券取引、変額保険取引などの分野で、事業者の勧誘や業務遂行段階における助言義務を問題とする判決が増えてきている。そこでの助言義務は、従来から論じられている説明義務と連続性・補完性をもつ義務であるが、⁽¹⁾その内容や法的根拠についての議論は、その緒についたばかりで

ある。⁽²⁾ そこで、いくつかの判決を素材として、助言義務が、顧客にとつての取引の当否にかかわり、この当否に關し事業者が専門家として評価し、説明する義務として現れていることを示し（二）、この点で、フランス法において最近、重要性を増しつつある助言義務（obligation de conseil）と基本的に同じ内容の義務であることを指摘したうえ、助言義務の射程・証明責任・法的根拠に關するフランス法の動向を参照する（三）。これらに基づき、フランス法が日本法に示唆を与える点につき若干の考察を加えたい（四）。

なお、筆者は、かつてフランス法上の契約の当否についての説明義務としての助言義務について検討したのち、⁽³⁾わが国の変額保険の事例につき、勧誘する側の専門家としての評価が契約獲得と結びついているような契約においては、契約の当否に關する助言義務を考察することが必要であることを指摘し、この観点から若干の裁判例を検討した。⁽⁴⁾ 本稿は、これらに続き、助言義務につき若干の考察を加えるものである。

（一） 片岡利男「一九九七年消費者法白書—証券・金融」消費者法ニュース三二号一五頁。

（二） 最近の注目すべき研究として、潮見佳男「投資取引と民法理論—証券投資を中心として—」（四・完）民商一一七卷六号八〇七頁以下、一一八卷一号一頁以下、二号一六一頁以下、三号三六二頁以下（一九九八年）がある（助言義務の問題のみでなく投資取引と民法理論とを広く検討する研究であるが、助言義務につきとりわけ一一八卷一号一八頁以下参照）。また、投資事業者の助言義務に言及する最近の研究として、川地宏行「ドイツにおける投資勧誘者の説明義務違反について」法経論集（三重大学）三卷一号八五頁以下（一九九五年）、村本武志「投資事業者の忠実義務と専門家責任」立命館大学人文科学研究紀要七一九九頁以下（一九九八年）がある。

（三） 後藤卷則「フランス契約法における詐欺・錯誤と情報提供義務」（一）民商一〇二卷二号一九〇頁以下（一九九〇年）、同「契約の締結・履行と協力義務」（二）民商一〇六卷六号七七六頁、七九三頁以下（一九九二年）、同「投機・投資取引と契約責任」先物取引被害研究六号一頁以下（一九九六年）。なお、フランス法上の助言義務につき、森田宏樹『合意の瑕疵』の構造とその拡張

理論(2) NBL四八三三六〇頁(一九九一年)、馬場圭太「説明義務違反と適用規範との関係―フランスにおける情報提供義務・助言義務に関する議論を参考に」早稲田大学大学院法研究論集七七号一五五頁以下(一九九六年)、同「フランス法における情報提供義務理論の生成と展開(一) 早稲田法学七三巻二六二頁以下(一九九七年)も参照。また、フランス法における専門家の責任につき、須永醇「フランス法における『専門家の責任』」川井健編・専門家の責任一五九頁以下(一九九三年)、鎌田薫「比較法(3)―フランス」別冊NBL二八号四三頁以下(一九九四年)、浦川道太郎「II比較法二ドイツ・フランス」私法五七号一三頁以下(一九九五年)参照。

(4) 後藤卷則「変額保険の勧誘と保険会社・銀行の説明義務」ジュリスト一〇八七号一四五頁(一九九六年)、同「勧誘した保険会社・銀行の責任」法学セミナー一五〇六号二八頁以下(一九九七年)。

二 日本の裁判例における助言義務

わが国でも専門家の責任を特徴づけるものとして、すでに専門家の説明・助言義務が注目されているが、最近の裁判例ではとりわけ投資ないし投機的取引における助言義務が注目される。これを、変額保険、ワラント取引、先物取引の順に見てみよう。

(1) 変額保険

いわゆるバブル経済の時期に、相続税対策のために、銀行から融資を受けて変額保険に加入するという事例が多く見られたが、変額保険への加入が相続税対策としてどのような効果があるかは、顧客自らの責任において調査・判断すべきものであり、保険会社の説明義務はこの点に及ばないとするのが従来の判決だった。

例えば、①相続税対策になるかどうかの正確な計算は、その者の資産の詳細、家族構成について把握したうえ、税務に関する正確な知識に基づいてはじめてなしうる専門的判断であり、しかも、真に相続税対策として有効であったか否かは、その後の不動産評価の推移、金利の動向、変額保険の特別勘定の運用実績等のいずれも容易に予測しがたい事項にかかるものであり、銀行や保険会社との間で助言等の委任契約を結んだり、助言等を期待できる特別の事情がない限り、自らの相続税対策をどう立てていくかは自らの責任において行うべきであるとする（東京地判七・三・二四判時一五五九号七〇頁）。また、②相続税対策として変額保険契約および融資契約が併せて締結される場合でも、両契約は別個独立の契約であって、相続税の節税効果をその契約内容としているものではないことからすると、銀行が融資契約を締結する場合において、変額保険の仕組みのみならず、いかなる場合に相続税対策として効果が生じうるかなど融資契約の要素を超える範囲について説明する義務はないとする（東京地判七・九・二五金法一四六五号一四三頁）。

これに対して、相続税対策としての効果を説明すべき義務を認めた事例としては、③種々のケースを想定した試算を行い、顧客が平均余命まで生存したと仮定した場合、いずれの試算でも銀行に対する債務額が死亡保険金額を上回ると認定したうえ、顧客が死亡保険金で一括して債務を弁済できるとの前提で変額保険加入を決定したことを保険会社側が知っていたから、信義則上、少なくとも当時の金利水準、変額保険の運用実績に基づいて検討した結果、顧客の右前提事実の判断に錯誤がないかどうか、その判断の基礎となる事実を説明すべき義務があったとしたもの（東京高判平八・一・三〇金判九九五号二二頁〔①の控訴審判決〕、上告審判決である最判平八・一〇・二八金法一四六九号四九頁もこの判断を正当とした）、④変額保険を特に相続税対策として勧誘する際には、保険会社はどのよう

な場合に相続税対策になり、どのような場合にならないかについて説明する義務を負い、銀行が積極的に変額保険の勧誘を行ったり、説明の主要な部分を担当したような場合には、銀行にも同様な義務があるとするもの（東京地判平八・七・一〇判時一五七六号九五頁（結論的には銀行に右のような関与がないとして責任を否定）がある。また、⑤顧客が会社の代表取締役であり、融資契約について通常人以上の判断能力を持っていたから、銀行としては顧客の保険契約をするという判断を尊重すれば足り、融資金の使途が変額保険の保険料であることを認識していたとしても、その保険契約の当否まで説明する義務はないとする判決があるが（富山地判平八・六・一九判時一五七六号八七頁）、この判決の考え方からすれば、顧客が一般の消費者であれば、銀行は保険契約の当否まで説明する義務を負うということになろう。

さらに、②判決と対照的な判決として、⑥保険契約と消費貸借契約が密接に関連し、銀行が変額保険の締結に深く関与している場合、銀行は、信義則上、変額保険の内容、危険性についても説明する義務が生ずるとしたうえ、本件保険は相続人が被保険者となる場合であるため、契約者である原告が死亡しても保険金が支払われるわけではないから、相続税の納税資金の捻出方法としては、他から資金を調達する場合は格別、本件各保険を解約してその返戻金によって納税資金及び借入金の元利金を調達することになるため、相続税対策として、効を奏するか否かは特別勘定の運用次第であるにもかかわらず、その点を十分に説明しなかったとした判決がある（大阪地判平九・七・三一金法一五〇〇号八二頁）。

③④⑤⑥判決は、一定の場合に保険会社ないし銀行が変額保険の相続税対策としての効果を説明すべき義務を負うとする判決と理解することができる。そこでは、相続税対策という観点から見た保険契約の当否ないし有利性が

問題とされており、顧客に対して保険会社ないし銀行がこの点を説明すべきだとする。

なお、以上の判決と異なり、相続税対策として変額保険に加入した事例ではないが、⑦変額保険の内容、特に、顧客が投資リスクを負担し、解約返戻金が元本割れしうることを、資料等も用い事例を示しながら、どういう場合にどの程度元本割れの損失が出るかを、銀行利息との関係も含めて具体的に説明した上、顧客に質問を促し、最終的には顧客に元本割れの損失を具体的に認識できたか、誤解がないかを確認する義務まであったとする判決（大阪地判支判平七・九・八金法一四三二二五頁）も、契約の有利性や当否にかかわる助言義務を問題とした判決と見ることができよう（この事件の控訴審判決である大阪高判平八・一二・五金法一四七一八六頁は、変額保険の内容や基本的仕組み及び危険性を理解し認識するのに必要な程度の説明をすれが足りるとしており、原審と対照的である）。

(2) ワラント取引

ワラント取引では、⑧権利行使期限によりワラントが無価値になることを知らないまま買い増しをした原告Xが、被告である証券会社社員Yに買い増しを相談した際、Yとしては無謀な投資行動をしようとしているXに対し再考をうながすべく適切な助言を与えるべきであったのに、これに違反したとして不法行為に基づく損害の賠償を請求したところ、このXの主張を認めた判決がある。判決は、一般に証券会社は顧客の指示にしたがって取引すれば足り、原則的に助言（ないし警告）義務を負うことはないが、顧客が明らかにワラントの仕組み等について誤解しており、これによって損害を受ける可能性が高い場合には、信義則上、右の誤解をとき合理的な判断ができるよう助言する義務があり、誤解が明らかとまではいえないが担当者の知識経験に照らして不合理な取引に入ろうとしている場合にも、この点について注意を喚起する義務があるとした（大阪地判平七・一二・五全国証券問題研究会編・

証券取引被害判例セレクト3二八六頁）。

また、⑨証券会社（ないしその社員）が、投資家に対して証券取引を勧誘するに当たっては、投資家の職業、年齢、証券取引に関する知識、経験、資力等に照らして、当該取引を勧誘することが不適当ではないかを判断（適合性の原則）した上、投資家において正しい認識、理解の下に当該取引を行うか否かを自主的に決定できるよう、当該取引の仕組みや内容、その利益やリスクについての的確な情報の提供や説明を行う（説明義務）とともに、その後においても投資家が間違った情報や認識の下で、不当に不利益や損失を受けることがないように、情報等の提供や適切な助言を行う（助言義務）べき信義則上の注意義務があるとし、その具体的手な内容として、価格情報の提供や処分時期についての適切な助言を行うべきであるとして、ワラント取引に伴う説明義務違反およびワラント売却後の助言義務違反に基づく証券会社の不法行為責任を認めたものがある（大阪地裁堺支部判平九・五・一四証券取引被害判例セレクト6二三四頁。なお、この判決の控訴審判決である大阪高判平一〇・一一・二六判例集未登載も証券会社の助言義務違反を認定した）。

さらに、⑩ワラント取引につき、相手方の了解の程度を見極めながら、かつ必要であれば面談のうえ、的確な情報を提供すべきであること、一般人には価値判断が困難な商品であることを指摘したうえ、株式引受には別途の資金が必要であること、期間内に株価が行使価格を上回る、もしくはそうなると予測されることに価値を持つこと、本件ワラントは購入時において株価より行使価格が高いことを理解できる程度に説明すべきであり、その理解が得られなければ取引をしないよう助言する義務を負うとしたものがある（広島高判平九・六・一二証券取引被害判例セレクト6二四三頁）。

⑧判決は、顧客が不合理な取引に入ろうとしている場合に担当社員に助言義務があるとし、⑨判決は、適切な時期に売却を促す助言義務があるとした。また、⑩判決は、ワラントの本質について理解が得られなければ取引をしないよう助言する義務まであることを認めた点で重要であるが、⑧判決も同様の立場に立つものと考えられる。⁽⁶⁾⑧⑨⑩判決とも証券会社が専門家としての評価を示して、取引の当否という観点から顧客の意思決定を方向づけるための助言義務を負うと見ているといえよう。

(3) 先物取引

先物取引の事例では、⑪被告会社の担当者は、商品先物取引の経験のない原告に対し、商品先物取引を勧誘するにあたっては、信義則上、原告が取引の危険性を十分に理解しうる程度に取引の仕組みを説明すべき義務を負い、また、契約締結後においても、先物取引委託契約の本旨に基づき、原告の経歴、資力、取引についての経験や理解の程度、意向等を十分に調査、把握した上で、原告が右取引について自主的、合理的な意思決定をするのに必要な情報提供、助言、指導等を行い、その意思に基づく建玉や手仕舞いを委託すべき義務を負っていたと解するのが相当とし、被告は原告に対し、新規委託者保護義務に反し、形式的でなおざりな説明をしただけで、取引の危険性を十分理解させるだけの説明義務を怠り、原告が自主的に合理的な意思決定をなし得るだけの情報提供や助言指導をすることなく、新規委託者保護期間中、徒に両建を続けさせた上、制限枚数二〇枚の二十数倍にもなる取引をなさしめたものであって、被告の行為は、これを一連一体としてみると、その余の点について判断するまでもなく、社会的相当性を欠き、不法行為を構成するものがある（大阪地判平九・五・一二先物取引裁判例集三巻五四頁）。この判決は、右のような受託者の義務が委託契約の本旨に基づくものとしており、受託者が、専門的な知識・経験

を基礎として、素人から当該事務の委託を引き受けることを営業としている場合、とりわけ当該事務を営業とすることが何らかの形式で公認されている場合、受託者の注意義務は、当該事務についての周到な専門家を標準とする高い程度となるとしている。

同様に、受託者が高度な注意義務を負うことについては、⑫商品取引員やその営業担当者が顧客に対して負担する義務は、単なる受託・執行上のいわゆる善管注意義務に留まらず、顧客の利益に配慮し、顧客に役立つ各種の相場情報を不断に提供し、取引についても顧客に最も有利な方法を助言、指導すべき義務（顧客に対する忠実義務）であるというべきであり、商品取引員やその営業担当者がこの義務に反し、その程度が社会的に是認される程度を超えているときは、顧客に対する不法行為が成立するとしたものがある（大阪地判平九・二・二四判時一六一八号一〇三頁）。この判決は、受託者の義務を顧客に対する忠実義務という観点から捉えている。

(5) 鎌田薫「Ⅲわが国における実情」私法五七号二三頁、同「わが国における専門家責任の実情」別冊NBL二八号六三頁以下、同「専門家責任の基本構造」新・現代損害賠償法講座三二九五頁以下（一九九七年）。なお、本稿では、フランス法と同様に、「専門家」の意義を専門的事業者一般に拡張して理解しているが、日本法ではこのような理解が一般的であるわけではない。この点については別に論ずる機会を得たいが、さしあたり日本法の状況につき、河上正二「『専門家の責任』と契約理論」法律時報六七卷二号六頁以下、〈座談会〉「『専門家の責任』法理の課題」同三〇頁以下（一九九五年）参照。

(6) 片岡利男「一九九八年消費者法白書―証券・金融」消費者法ニュース三六号一二頁

三 フランス法における助言義務

(1) 情報提供義務と助言義務の区別

フランス法では、契約の一方当事者Aが他方当事者Bの知識や情報量の不足を利用して、Bに著しく不利な契約を締結するといった事態を回避するために、契約締結の意思決定を左右するような重要な事項について、AがBに対して情報を提供する義務を負う場合があることが判例・学説により承認されている。このような義務は、まず、単なる事実の客観的な指摘ないし説明をする義務として承認された（情報提供義務）。しかし、契約内容が複雑化し、また、リスク性が高い契約が増加するに伴い、Aが専門家としての評価を示してBの意思決定を方向づけるということが要請されるようになった（助言義務）。

右の二つの義務の区別は、提供すべき情報の性質の違いによる区別である。情報提供義務における情報は、生のままの客観的な情報であり、契約の相手方が事実を踏まえて行動することを可能にすることのみを目的とする。例えば、フランス消費法典（L. 111-1条の1）は、「商品の売主または役務の提供者であるすべての事業者は、契約締結前に、消費者が商品あるいは役務の基本的な特徴を知ることができるようにしなければならない」と規定するが、これは事業者に限限としての一般的な義務を課したものであり、ここで規定されている義務は情報提供義務に関する。これに対して、助言義務における情報は、相手方が求めている目的から見て、相手方の行動が有利であるかどうかにつき専門家としての評価をなし、相手方を一定の行動に向かわせようとする情報である。⁽⁷⁾ 例えば、

自動車の修理を依頼された業者が、修理費用が車のその時点での価値よりも高くつく修理を行い、より安い標準仕様の部品の交換を勧めなかったのは、助言義務の違反となる。⁽⁸⁾

もつとも、情報提供義務と助言義務を区別することは実際には常に容易とは限らない。助言は、その相手方が求めている目的と関係づけられるので、債務者が相手方の目的を知っているか、または知らないことが正当と評価しえない場合には、情報提供義務と助言義務の区別は困難である。⁽⁹⁾

(2) 助言義務の射程

助言義務は、とりわけ相手方に期待した満足を与えるのに適しない取引、あるいは経済的に不利な取引をやめるように忠告する義務として現れる。売買契約を例にとると、場合により、売主は買主に買うことを思いとどまらせ、あるいは買主の選択を他の製品に向ける義務を負う。⁽¹⁰⁾ もつとも、特別の場合を除き、競争相手の製品を勧めることまでは要求されない。⁽¹¹⁾

このような取引制止の助言義務については、事業者に自己の利益の追及と矛盾する行為を求めるに帰するから、これを認めることには慎重を要するが、フランスの裁判例では、次のような事例でこのような意味での助言義務が認められている。⁽¹³⁾

(ア) 銀行取引

銀行取引で助言義務が認められている代表的な分野は融資契約の分野である。⁽¹⁴⁾ もつとも、これは新しい現象であり、金融機関が顧客のために融資の有利性について助言義務を負うという観念に対して、裁判所は最近まで沈黙を保ってきた。しかし、次の二つの判決によって、破毀院民事第一部は、明確に方向を変えた。

⑬破毀院民事第一部一九九四年六月八日判決⁽¹⁵⁾

金融機関Xは、六年の分割払いで返済するという合意の下に、Yがトラクターを買う資金として九万四千フランを融資した。Yは、すでにその農業経営に必要な性能を有するトラクターを所有しており、本件トラクターを買う必要はなかったが、Xは、Yに融資することのみを目的として、本件トラクターの購入をYに勧めた。トラクター購入後、Yが融資金の支払いを途中で止めたので、Xは、裁判所の許可を得て右トラクターを差し押さえて公売に付した上、Yに対して、未払金から公売によって得た代金を差し引いた金額の支払いを求めて訴えを提起した。控訴院判決はXの請求した額の一部のみを認容したので、Xは、「金融機関は、融資の相手方の財産を管理し、相手方の過ちに対して警告する義務はないから、Xには何らの過失もない」などとして、破毀を申し立てた。

破毀院は、Xは、Yの非常に不安定な経済状態および支払不能の危険を知っていたながら、「毎年の負担が、小規模な農場からの収入を上回る融資契約を締結するようにYに働きかけた」とし、Xは、「非難に値する軽率な行動を取り、その過失が、融資金の未払いから生ずるXの損害に寄与した」として、その寄与の割合に応じて認容額を減額した控訴院判決を正当とした。

学説は、この判決は、Xに対して、顧客Yにその支払能力をこえる取引を思いとどまらせる義務を負わせた⁽¹⁶⁾と見る。

⑭破毀院民事第一部一九九五年六月二七日判決⁽¹⁷⁾

一九八八年二月二十九日に、X夫妻は、Y₁会社⁽¹⁸⁾に家屋を建築してもらうことを内容とする契約を締結し、その資金として、三社（Y₂、Y₃、Y₄）から合計四六万五千フランの融資を受けた。一九八八年八月、X夫妻は、Y₁とY₄を相

手として、右建築契約および融資契約は無効だとする訴えを提起した。控訴院は、右建築契約および融資契約は有効であるが、これらの契約によりXは損害を被ったとして、 $Y_1 \sim Y_4$ に対し連帯してXに一五万フランを支払うべきことを命じた。そこで、 Y_2 と Y_3 が、不動産金融を受ける者に対する情報の提供と保護に関する一九七九年七月一三日法第五条（消費法典L. 三二二条の七条およびL. 三二二の八条になった規定）が要求するすべての情報提供と警告をXに対して行ったなどと述べて、破毀を申し立てた。

破毀院は、「一九七九年七月一三日法第五条の要求に従った申込をしても、とりわけ融資を受けることから生ずる負担が消費者の資産の僅少さに比して過度であることが金融機関に分かる場合には、金融機関は融資を受ける者に対する助言義務を免れない」こと、「 Y_1 が作成した融資計画によって提案され、金融機関が知っていた負債の割合は、わずかな出費しかなしえないX夫妻には耐えられない」こと、「融資者は、その融資から生ずる負債の大きさを融資を受ける者に警告したことを証明していないし、その主張もしていない」ことを指摘して、 Y_2 と Y_3 は助言義務を怠ったとし、X夫妻に対して損害賠償義務を負うとした。

学説は、銀行の助言義務は、「関係資料の検討の結果、融資の実施が顧客に対し、通常でない、資産能力を超える金銭的リスクを生じさせるであろう場合には、顧客を思いとどまらせるところまで行かなければならない」という⁽¹⁸⁾。

(イ) 不動産取引

不動産取引については、次のような判決がある。

⑮破毀院民事第三部一九九一年三月二七日判決⁽¹⁹⁾

X会社は、ショッピングセンターを建てるための土地を取得した。しかし、この土地が、区画整理によって、農業区域および道路整備用地になり、ショッピングセンターを建てる計画が実現できなくなったので、Xはこの土地をY（地方自治体）に売却した。二ヶ月後、Yは、A会社はこの土地を取得価格の四倍の価格で転売した。この転売の理由は、P・O・S.（土地専用プラン）の見直しがあり、最初に計画されたショッピングセンターの建設が可能になったことによる。

このような事情の下で、XがYに対して詐欺による無効を主張した。控訴院は、「転売の交渉をしているのにそれを秘していたという事実のみでは、他の事実がない限り、詐欺を構成する違法な術策を証明するのに十分でない」としたが、破毀院は、「売りに出され、その区画整理の変更が願い出られている土地について、より高い価値を与えうるP・O・S.の見直しの開始をYがXに知らせなかったことが、信義（bonne foi）違反にならないか」を調べるべきだったとして、控訴審判決を破毀した。

学説は、破毀院は、信義概念に基づき、契約の一方当事者に対して、「目下のところ損な取引であり、売のを待ったほうがよい」と相手方に知らせることを要求するまでに至っていると指摘している。⁽²⁰⁾

(ウ) その他の取引

右の⑮判決では、訴訟の目的となっている土地についてより高い価値を与えるP・O・S.の見直しの開始を知らせる義務が問題とされているが、同様に、目的物の価値引上（valorisation）要素について知らせなかった場合として、次の判決がある。

⑯ パリ控訴院一九九四年四月二九日判決⁽²¹⁾

ある団体の会員Xが自分の持分権を甥であるYに単価三三〇フランで売却した。しかし、その後、Xは、ある人(A)が同時期にこの持分権をXが売った三六倍の価格で取得したことを知った。そこで、Xは、Yから詐欺を受けたと主張した。裁判所は、第二の買主Aとの間で進行中の交渉についてのYの故意の沈黙が、Xの合意を決定し、Xに対する詐欺的な沈黙を構成したと認めた。

⑮⑯判決は、目的物の価値引上という観点から、自己の給付についてではなく、相手方の給付について情報を提供する義務を課している。相手方に契約の締結を思いとどまらせ、あるいは他の内容の契約を推奨するという義務が、相手方の給付についても認められている点で重要である。⁽²²⁾

(3) 助言義務の証明責任

情報提供義務ないし助言義務の履行の証明責任については、債権者の側でその義務の不履行を証明すべきだとするのが従来判例だった。しかし、最近、次のような領域につき、債務者の側に情報提供義務・助言義務を履行したことの証明責任を課す判決が現れている。

まず、医師の情報提供義務・助言義務につき、医師は、患者に科学上得られるデータに適合するあらゆる治療をし、手術や治療のリスクを知らせ、場合によってはごくまれなリスクをも説明しなければならないとされている。⁽²³⁾ また、医師が行おうとする手術の性質およびその手術から生ずるリスクを知らせる義務を怠ったということを患者の側で証明しなければならないとされてきた。⁽²⁴⁾

これに対して、最近(一九九七年)、この点の証明責任を転換する判決が現れた。事案は、結腸鏡検査でポリープを切除する際に、患者の腸に穴があいてしまったというものであり、破毀院は、ポリープ切除に内在する腸に穴を

あけるリスクを、医師は患者に知らせる義務があり、この義務を履行したことを証明する責任は医師側にあったとして、患者の側で医師の説明義務違反を証明していないとしてその請求を退けた控訴院判決を破毀した。⁽²⁵⁾

弁護士についても、同年、依頼者に対して情報を提供し助言する義務を履行したことの証明責任を弁護士の側が負担するという破毀院判決が現れた。事案は、依頼者に訴訟の提起を勧めた弁護士が、訴訟提起後、勝訴の見込みがなくなったにもかかわらず依頼者に控訴を勧めたというものであり、破毀院は、依頼者に対して情報提供し助言する義務があり、弁護士はこの義務を履行したことを証明しなければならぬと判示した。⁽²⁶⁾

公証人については、すでに一九九一年に、行為が無効であるリスクが専門家にとって明白である以上、このリスクを契約当事者に警告する義務を果たしたことを証明する責任は公証人の側にあるとした破毀院判決がある。⁽²⁷⁾

学説も、伝統的には古い判決と同じ立場であり、債権者の側に証明責任があるとしていたが、最近では、これを批判する学説が現れている。この新しい学説は、情報提供義務・助言義務の不履行を債権者の側で証明することは極めて困難であるから、情報の引渡しという側面においては、これを履行したことを債務者側で証明すべきだとする。すなわち、フランス民法は、「債務の履行を求める者は、その債務を証明しなければならない」（三二五条一項）と規定するとともに、「反対に債務から解放されたと主張する者は、弁済またはその債務の消滅を生じさせた事実を証明しなければならない」（同条二項）と規定しているが、右の学説は、この場合の証明責任は一一一五条二項によるべきだとする。その上で、この学説は、債務者は、右のような「情報引渡義務」と並んで、相手方に「情報を理解させる義務」を負うとし、前者は結果債務、後者は手段債務であると⁽²⁸⁾する。

(4) 助言義務の法的根拠

フランスの学説は、当初、助言義務は助言の提供を目的とする契約、すなわち助言契約により生ずるとしたが、その後、フランスの判例は、弁護士・医師・公証人・不動産業者・銀行家などにつき、これらの職業の専門性とそれに対する素人顧客の信頼を基礎として、助言契約を問題とすることなく、助言義務の存在を認めた。

フランス民法一三四条三項は、「合意は信義に基づいて (de bonne foi) 履行しなければならない」と規定するが、フランスの判例は、まず、この概念が契約当事者の明らかに不誠実な態度をサンクションするという消極的な機能をもつことを認め、続いて、契約連帯という観点から、信義概念に契約当事者の協力義務・相互扶助義務・援助義務といった積極的な機能を認めるようになった。⁽²⁹⁾ 助言義務は、このような積極の意味での信義概念を基礎とした、素人の専門家に対する信頼をその法的根拠とする。⁽³⁰⁾

(7) B. Petit, Obligation d'information, *Juris-cl. civ. art. 1136à1145 fasc. 60*, 1994, n°48; A. Bénabent, *Droit civil les contrats spéciaux*, 1997 n°204.

(8) Rouen, 18 mai 1973 JCP 1974, II, 17867, note Gross.

(9) M. Fabre-Magnan, De l'obligation d'information dans les contrats 1992, n°743; Ph. le Tourneau et Loïc Cadet, *Droit de la responsabilité* 1996, n°1573. また、フランスでは、情報提供義務・助言義務と区別して、警告義務という概念も用いられている。警告義務は、契約あるいは契約目的物のリスクについて相手方の注意を引く義務である。警告義務は、単なる客観的な情報の提供をこえて相手方の意思決定を方向づけるものである点で、情報提供義務より重い義務であるが、専門家としての評価を示す必要がない点で、助言義務より軽い義務である。もともと、危険性の説明には、専門家としての評価を示して危険を避けるために採るべき態度を助言することを伴うことも多いから、警告義務と助言義務の区別は困難なことも多い (Fabre-Magnan, *op cit.*, n°477)。

(10) Com. 11 juillet 1988, *Bull. civ. IV* n°250.

(11) Com. 12 novembre 1992, *Bull. civ. IV* n°352.

- (12) 例えは、わが国の判決で、東京地判昭六二・二・二〇（金判七八八号二六頁）は、商品先物取引により損害を被った被害者が、素人顧客の大半が結局は損をしていること、知識経験のない者が参加することは非常に危険であり、できれば参加しない方がよいことを助言しなかったと主張したのに対し、裁判所は、商品取引の外務員の勧誘行為に右のような助言を要求することは勧誘行為と矛盾する行為を求めるに帰し、特段の事情のない限り社会通念上そこまでの義務を求めることはできないと判断している。
- (13) Voir Nancy Vignal, *La transparence en droit privé des contrats* 1998 n°79 et s.
- (14) その他の分野では、①保証契約の領域で銀行の助言義務が認められている。すなわち、保証人になる者が、主たる債務者の資産状態の故に、不可避免的に主たる債務者に代わって責任を負うことになる場合には、銀行が主たる債務者にそれを知らせなければ、信義（bonne foi）に反し、この場合に、銀行は保証人になる者に対して主たる債務者の不払いの具体的危険を理解できるように説明する義務を負う。また、②金融の仲介者は、投機的取引に内在するリスクを顧客に知らせなければならない。Voir Nancy Vignal, *op. cit.*, p. 78 et s.
- (15) Bull. civ. I n°206 ; JCP (E) 1995, II, 652, note D. Legeais.
- (16) J. Mestre, R. T. D. Civ., 1996, p. 385.
- (17) Bull. civ. I, n°287 ; JCP (E) 1996, II 772, note D. Legeais ; R. T. D. Civ., 1996, p. 385, obs. J. mestre.
- (18) J. L. Guillot, *La responsabilité du banquier dans les rapprochements d'entreprise*, Les petites affiches 1995, n°41 p. 29.
- (19) R. T. D. Civ., 1992, p. 81, obs. J. mestre.
- (20) J. Mestre, R. T. D. Civ. 1994, p. 855.
- (21) Paris, 29 avril 1994, R. T. D. Civ., 1994, p. 835, obs. J. mestre.
- (22) この意味での情報提供義務は「助言義務」ではなく、Voir Nancy Vignal, *op. cit.*, n°80 et n°81.
- (23) Civ. 1^{re}, 22 septembre 1981, Bull. civ. I n°268 ; Civ. I, 26 mars 1996, Bull. civ. I n°155.
- (24) Civ. 1^{re}, 4 avril 1995, Bull. civ. I n°159.
- (25) Civ. 1^{re}, 25 février 1997, Bull. civ. I n°75 ; JCP 1997, I, 4025, n°7 et s. obs. G. Viney.
- (26) Civ. 1^{re}, 29 avril 1997, JCP 1997, II, 22948.
- (27) Civ. 1^{re}, 25 juin 1991, Bull. civ. I n°212.

(28) Fabre-Magnan, op. cit., n° 493 et s. 同様の結論を採るもの(「Ph. le Tourneau, Juris-Cl. Civ. Art. 1136 à 1145 fasc. 40 n° 6 (情報の引渡しという側面では結果債務であるが、与えられた情報の適切さという点では手段債務であるとする)」)。

(29) Fabre-Magnan, op. cit., n° 50 et s.; Ph. Stoffel-munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision*, 1994 n° 146 et s. 等(「フランスにおいて信義概念が判例により積極的に用いられるようになったのは、一九七〇年代になってからである。フランスで信義概念の活用が遅れたのは、一般的に過ぎ、不明確な規範に重要性を与えることを避けるフランスの習慣に基づくものである。」の点は、ドイツやスイスで信義に基づく履行という原則が長い歴史をもつのと対照的である。 Voir Y. Picod, *L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat*, in *Le juge et l'exécution du contrat* 1993 p. 57.

(30) Le Tourneau et Cadet, op.cit., n° 1573 ; Fabre-Magnan, op. cit., n° 52 et s.; Bénabent, op. cit., n° 97 ; Ph. le Tourneau, *La responsabilité civile professionnelle* 1995, p. 57 et s.

四 日本法への示唆

契約の有利性に関する専門家としての評価を基礎とする助言義務は、基本的には最近の日仏両国の判決で認められている。⁽³¹⁾しかし、フランス法が、客観的な情報の提供に関する「情報提供義務」と専門家としての評価を基礎として契約の有利性・当否を示す「助言義務」とを区別することにより、専門家の説明義務を助言義務にまで高めようとしているのに対して、わが国で説明義務として論じられているものの中には両者が混在し、助言義務の特徴を不透明にしているように思われる。

とりわけフランスにおいて、助言義務が、当該契約に対し相手方が求めている目的と関連づけられた概念であることが重要である。これは、相手方にとっての契約の当否は相手方が抱いている目的と結びついているからであ

り、専門家が顧客の目的を知りうる場合には、顧客の専門家に対する信頼に基づき、その目的の観点からの取引の当否につき助言義務を負うと捉えることが適切であろう。例えば、変額保険において「相続税対策」という顧客の目的を、保険会社ないし銀行の説明義務の中に位置づけるには、このような意味での助言義務を考えることが必要なのではないだろうか。⁽³²⁾

また、助言義務は、場合により、契約の相手方に取引を思いとどまらせ、あるいは他の取引を推奨する義務として現れるが、フランス法はこのような助言義務をも積極的に認めるに至っており、この方向を示すわが国の⑧⑩判決などの立場の今後を考える上で参考になろう。⁽³³⁾ もっとも、契約の締結の際の交渉過程は、「対立する協力関係」であり、助言義務を広く事業者に課すことは、契約交渉過程のもつ本質的な性格に反するのではないか、という指摘も重要であり、どのような場合に助言義務を認めるべきか、についてはなお慎重に検討する必要がある。⁽³⁴⁾

情報提供義務・助言義務の立証責任については、わが国でも最近、「投資事業者側の忠実義務が尽くされたことの主張・立証負担は、投資事業者の側にあるというべきである。顧客が、主として投資事業者の支配領域に属する勧誘・説明内容の基礎事実や調査・説明義務の履行過程を逐一解明し、証明しなければならんとすることは、投資判断に必要な知識・情報の提供を事業者に依存し、それについて特別な知識・情報・経験を有しない一般投資者にとつては、不可能を強いるに等しい」として、忠実義務履行の証明責任を投資事業者に負担させるべきだとする主張が現れており、⁽³⁵⁾ 事案の相違はあるが、フランスの最近の判例と同じ方向にあるものとして興味深い。フランスの判例は、医師・弁護士・公証人に関するものであり、そこに現れた方向をどの程度一般化できるかは今後の課題であるが、フランスでは学説の側からも、これらの判決の射程は広いとする指摘がなされていることを付言してお

きたい。⁽³⁶⁾

さらに、助言義務の法的根拠について、フランスの判例と同様、わが国の判決も信義則上の義務としている(③⑥⑨⑪判決など説明義務・助言義務が問題となる多くの判決が信義則に言及している。ただし、⑫判決のように助言義務を顧客に対する忠実義務の内容として位置づけるものもある)。そこで、フランス法を参考にして、信義概念を基礎とする契約当事者の協力義務、相互扶助義務・援助義務といった観点から助言義務を根拠づけることが検討に値しう。

もっとも、助言義務を当該契約の相手方にとっての有利性の助言であると定義すると、契約内容の確定にかかわる表示義務や、契約のもつ特質の指摘を含む説明義務とは異質のものであり、助言義務は、別途の助言、アドバイスに関する契約上負うことは当然であるが、そのような明示・黙示の契約と無関係に生じるものではないとする指摘もあり、フランスでも、助言義務を助言の前契約(*avant-contrat*)によって根拠づける学説もある。⁽³⁷⁾この問題は、助言義務をどのような場合に認めるかにもかかわる困難な問題であり、詳しい検討は今後の課題とせざるをえない。⁽³⁹⁾

本稿では、紙数の制約もあり、考察の対象を助言義務に関する日仏の最近の主要な判決に限定しており、他の専門家類型を含めた裁判例の全体的な考察は行っていない。これを含め、右に日本法への示唆として指摘した諸点についてのより具体的な検討は今後の課題としたい。

(31) もっとも、情報提供義務と助言義務の実際上の区別の不明確性を反映して、フランスの判決のうち⑬⑭⑯判決が専門家としての評価を要する事例に当たるかはやや疑問であるが、これらを通じ、契約の相手方に取り引を思いとどまらせ、あるいは他の取引を推

發する義務が認められてきていることが重要である。

(32) もっとも、相続税対策のための変額保険事例では顧客の目的が明確であるのに対して、ワラントや先物取引ではこのような具體的な目的を觀念することが難しい。詳しい検討は今後の課題であるが、これらの取引においてもより抽象的な意味では顧客の目的を觀念することができるのではなからうか。

(33) 鎌田・前掲私法五七号二四頁も、専門家が依頼者に翻意を促す（これが受け容れられないときは仕事を引き受けない）義務について言及している。

(34) 森田・前掲六〇頁。

(35) 村本・前掲一〇八頁。

(36) B. Starck H. Roland et L. Boyer, *Droit Civil les obligations 2 contrat*, 1998 n°345（医師の情報提供義務・助言義務に関するCiv. 1. 25 février 1997 が一般的表現を採っていることを根拠とする）。なお、建築家に情報提供義務・助言義務を履行したこと

の証明責任を課した判決もある（Civ. 2. 4 mai 1976, D. 1977, 34, note J. Mazeaud）。

(37) 松本恒雄「サービス契約」別冊NB L五十一号二二頁（一九九八年）。

(38) P. Jourdain, *Juris-Ci. Contrats Distribution fasc.35,1996 n°33 et s.*

(39) この問題については、潮見・前掲民商一一八卷一号一八頁以下、川地・前掲一〇一頁以下が示唆に富む。また、助言義務をどのような場合に認めるかという問題は、助言義務違反の効果はどう捉えるかという問題とも関連する。種々の効果を有する各種の被害者救済法理の相互関係につき、平野裕之「投資取引における被害者救済法理の相互関係について―投資取引における事業者の情報提供義務―（一）」法律論叢七一巻一号一頁以下（一九九八年）が注目される。